

言論・出版の自由と いわゆる「猥褻性」(中)

——表現の自由とその限界についての理論的考察——

松 本 昌 悦

目 次

(一) 序 論

——問題点の沿革とその周辺——

(二) 言論・出版の自由と刑法 175 条 (以上第二巻 3 号)

(三) 言論・出版の自由の限界としての、いわゆる「猥褻性」判断と一般的基準

(四) 劇映画「黒い雪」事件第一審判決についての「猥褻性」判断とその検討 (以上本号)

(三) 言論・出版の自由の限界としての いわゆる「猥褻性」判断と一般的基準

刑法第175条においては、「猥褻ノ文書、図画其他ノ物ヲ頒布若クハ販売シ又ハ公然之ヲ陳列シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五千元以下ノ罰金若クハ科料ニ処ス販売ノ目的ヲ以テ之ヲ所持シタル者亦同シ」とされて、猥褻文書頒布等の罪についての構成要件が明示されているのである。そしてこのことは、猥褻の文書、図画その他の物を頒布し、販売し、もしくは販売の目的をもって所持し、または公然これを陳列することをいうのであり、たとえば、春本・春画等の如く性的秩序維持に極めて重大なる影響をもたらす類のものの無償・有償の配布、あるいは販売の目的をもってこれを所持し、あるいは、不特定多数の者に観覧せしめるべく、これを展覧に供

し、映画や幻燈であれば映写することがこれにあたるものである、ということの前項においてすでに述べてきたのであった。しかるに猥褻文書頒布等の罪の構成要件要素たる「猥褻」の概念については、殊に著名なる判例（いわゆる「チャタレイ事件判決」昭和32年3月13日大法廷判決）において、「徒らに性欲を興奮または刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義觀念に反するもの」をいう、とする従来の判決（最判・昭和26年5月10日、刑集5巻6号1026ページ）において示された定義的概念を踏襲するものであることを明らかにしているわけであり、このことは更に、大審院判例にさかのぼって、刑法第175条の「猥褻ノ文書図画其ノ他ノ物」ということについて、「性慾を刺戟興奮し又は之を満足せしむべき文書図画其他一切の物品を指称し、従って猥褻物たるには人をして羞恥厭惡の感念を生ぜしむるものなることを要する」（大正7年6月10日大審院判決）とする説明に、その出発点を求められるのである。¹⁾

この踏襲された「猥褻」の定義的概念を木村教授は三つの要素に分析的にとらえてきた。すなわち、その第一の要素は、性的羞恥心・羞恥感情を害するという事、第二に、性欲の興奮刺戟を來たすということ、第三に、善良な性道徳觀念に反するという事、なのである。²⁾ 一応これらの諸要素を準拠として、判決理由の検討を通じて猥褻概念の本質的意味を求めているわけであるが、結局それは、第一の要素の説明にすべて帰結するのである。すなわち、第二の要素については、判決理由からは、「猥褻文書は性欲を興奮、刺戟し、人間をしてその動物的存在の面を明瞭に意識させるから、羞恥の感情をいだかしめる」との説明を摘示し、これは、猥褻文書が性慾を刺戟、興奮するものであるということの説明にのみ帰するものである、とし、また第三の要素は、「猥褻文書は人間の性に関する良心を麻痺させ、理性による制限を度外視し、奔放、無制限に振舞い、性、道徳性、秩序を無視することを誘発する危険を包蔵している」とし、法は社会秩序の維持に関し重要な意義をもつ道徳すなわち「最少限度の道徳」のみを自己の中に取り入れ、それが実現を企図するものであって、性道徳に関

しても、その最少限度を維持することを任務とするものとし、刑法175条が猥褻文書の頒布販売を犯罪として禁止しているのも、こうした趣旨に出ているものである、との趣旨の説明を摘示し、この点について、性道德に関する最少限度に反するものとして刑法がその頒布・販売を禁止しているのだというに帰するものであり、猥褻文書の社会的・法的効果を説明したのみで、文書が猥褻たるための猥褻性の概念に触れたものとはいいい得ない、とされるのである。

かくして第一の要素については、人間が羞恥感情を有するということは、人間を動物と区別するところの本質的特徴の一つなのであって、人間は自己と同等なものに対し同情の感情を、人間より崇高なるものに対しては畏敬の感情をもつごとく、自分の中にある低級なものに対し羞恥の感情をもつものであって、これらの感情は、普遍的な道德の基礎を形成するものである、とするのである。しかるに羞恥感情の存在は、性欲について顕著であるわけである。しかし性欲はそれ自体として悪であるわけではなく、人間が備えている本能なのである。しかしながら、それは人間が他の動物と共通にもっているところの人間の自然的側面である。したがって人間の中に存する精神的側面、すなわち人間の品位がこれに対して反発を感ずることとなる。すなわちこれが羞恥感情である、とされるわけである。かくして、人間においては、性行為の非公然性は、人間性に由来するところの羞恥感情の当然の発露であるといわれるわけである。以上の如き趣旨の判決理由の摘示がなされ、猥褻概念の本質的意味の説明に迫られるのであるが³⁾、また同時に、猥褻性判断のいわば一つの依りどころとして導き出される「性行為の非公然性の原則」が、羞恥感情の当然の発露であるとして、この原則の確立が、いわば羞恥感情に直結されてでてくることを指摘されるのである。もっとも、自然的本能に対する精神的側面の反発ということについても、例えば食欲については、人間が動物と共通に有する自然的本能の一例であるが、これについて何ら羞恥感情が起こるものではない、ということについて説明することができない（性的羞恥感情の根因を、人間が排泄物に対する嫌

悪の情を強くもっているところから、性的器官が、排泄器官に極めて近接するところから、殊に、性的器官への bashful な感情に結びついてくるという Mcdougall の説明を引かれて)、あるいは、Thering の羞恥感情の説明について、これは何ら人間に生来的なものではなく、いわば歴史の沈澱物である、との説明に対し、明確な解答が得られないことが付言されているわけである。

要するに、猥褻概念の中心的要素としての「性行為の非公然性の原則」については、どれほどの意味があるか、確かに刑法第174条ないし第175条の構成要件の要素に公然性が示されているのであり、非公然の原則が、むしろ、刑法規定上において強く要請されているわけである。したがって、刑法第174条及び第175条の法益は、性的羞恥感情であるといわれるのであって、性的自由についてではないとされてくる。しかしながら、解釈論上、「性行為の非公然性の原則」は不動の確立された原則としてとらえることに異論は見出し得ないが、しかしながら、社会事情、道德事情（倫理観を含めて）の変遷により、「性」に対する社会通念が大きく変遷してくる限り、こうした社会事情を土台として支えられている「性行為の非公然性の原則」は、いわば絶対不変の観念として把握される以前に、この原則にもられる内容に相対的に変遷が及ぼされることを理解すべきである。したがって「非公然性」の観念についても、相対的な観念であり、時代と場所を超越した不変の観念としてとらえることは出来ないといわなければならない。しかしながら、このことは、猥褻概念の理解において、例えば一つの作品が、その公開、頒布・販売、抜粋、宣伝の方法によっては、芸術・学術作品が、相対的に「猥褻」となるとする「猥褻概念の相対性」の論理を肯定するわけではない。

こうした意味から、猥褻概念の根本的要因は、未だ見だされていることを断言することは許されないといわなければならない。

かようにして、刑法第175条で示される「猥褻」の概念は、極めて包括的かつ多義的性格を有することとなるが、これが、憲法第21条の表現の自由との関係において、憲法論上の問題の検討が集約的に示されてくるのである。いわゆるチャタレイ事件判決に即して考えるならば、いわば基本的人

権は公共の福祉の制約に服するものとするとの命題がつらぬかれているのであり、すなわち第一審（東京地裁）においては、刑法175条でいうわいせつ文書の出版は、いわゆる表現の自由の内在的制約として、「公共の福祉」に反するものとしてとらえるから、これを禁示することは憲法に違反することとはならない、とされるのである。また第二審（東京高裁）では、刑法第175条は、性的秩序維持に向けられた公共の福祉維持を目的とする刑罰法規であって、憲法に違反する点のないことは明らかである、として第一審で示された公共の福祉論とほとんど差異のない論理が展開されている。あるいはまた最高裁判決については、第二審判旨が全面的に支持されたのであった。そして刑法175条で示される（制約を課する）公共の福祉の観念が、多少具体的な形で示されるのである。すなわち、性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持することが公共の福祉の内容をなすことについて疑問の余地がないのである、とするわけである。しかしながら、公共の福祉の内容を、性的秩序を守り、最少限度の性道徳を維持すること、と具体化したことが、従来判例上繰返されて来た基本的人権の制約原理として、一般的・抽象的な「公共の福祉」論を克服することとはならないのである。

要するに刑法175条の合憲性の説明において、この公共の福祉論との関係から、いわば、形式的三段論法の形態をとってくるというわけである。⁴⁾ すなわち「表現の自由は公共の福祉によって制約されることとなる」、ところで「刑法175条は公共の福祉に仕えることとなる」、それ故に「表現の自由は刑法175条によって制約されることとなる」とされるわけである。確かに、表現の自由は、憲法第12条、第13条の規定により、「公共の福祉」の制約の下におかれることが予測せしめられ、絶対無制限であり得ないことが予定される如くであるが、従来行なわれてきた、かくの如き一般的・抽象的概念に留まる「公共の福祉」をもって、いわゆる刑法175条の猥褻概念が、その内容を充足するものとして、いわば表現の自由を制約しうるということが機械的になされることは、矢張り解決し得ない多くの問題をなおとどめているように思えるのである。後に検討する黒い雪事件第一審

判決においても、猥褻概念・基本権の制約原理としての「公共の福祉」概念について、ともに従来の思考に留まるものであり、何らの進展も解決もなされているものではないというべきである。

なおここで関連して、表現の自由のいわば事前規制手段を禁止する「検閲」の禁止（憲法第21条2項）の問題が存するが、この点については、刑法第175条は、犯罪に対する刑法上の処罰としていわば事後的処罰の体系に属するわけであるから、直接には何ら、検閲の問題とはかかわりがないものとされているわけである。しかしながら、何らかの表現の内容が、「猥褻」であるものとして認定され、刑法上の犯罪として捜査機関において捜査される段階で矢張り重要な関連を有してくることとなるわけであり、あるいはまた、例えば、関税定率法がその第21条においていわば輸入禁制品の一項目として、「公安又は風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物、その他の物品」（第1項3号）としてかけ、これに従って税関が輸入書籍、映画フィルム、写真等を事前に輸入禁止することは、いわばこの検閲に相当するものではないか、との問題が論議されてきている。あるいはまた昭和20年頃より存在したが、昭和35年以後全国的に制定がみられた青少年保護育成条例において、有害文書図画の販売あるいは有害興行等の観覧の制限についても同様表現の自由を規制するものとして検閲ないし検閲類似行為に当たるものとして違憲性の疑義を残す問題点の一つである、また破壊活動防止法についても、この法律自体の合憲性の論議は一時除外すれば、そこで示される「刑法第77条、第81条又は第82条に規定する行為を実行させる目的をもって、その実行の正当性又は必要性を主張した文書又は図画を印刷し、頒布し、又は公然掲示すること」（第4条1項1号(二)）とされている点、あるいは同法第38条2項2号に示される同趣旨の罰則条項について、同様に行政機関による事前規制、すなわち「検閲」行為の疑義の問題が生ずることとなるわけである。

ところで刑法第175条と表現の自由との関係については、その他多くの諸問題の存するところであるが、さきに述べた「検閲」との関係について

は、例えば刑法第175条で示される内容が、憲法第21条第2項における検閲の禁止との関係で具体的には如何なる関係にあるか、形式論的には、前者は事後処罰の体系に属するものであり、後者は事前規制の体系に属するという、いわば規制時期・手段において異なるというところから、両者の根本的異質性を主張するかも知れない。しかしながらここにおいて、ともにその内容を充当せしめる制約原理に「公共の福祉」論が援用されてくるととなるのであり、あるいはまた事後処罰の体系から生じる実質的「検閲」を否定することは出来ないのである。この点にも極めて複雑かつ重要な問題が伏在するように思われるのである。

ところで、刑法第175条における「猥褻」にふれるものとして裁判上争われた事件は、さらにいわゆる「サド裁判」が指摘されるであろう。昭和36年1月20日、フランスのマルキ・ド・サド (1740~1814) の「悪徳の栄え」(続) の邦訳作品 (渋谷竜彦訳・現代思潮社刊) が起訴されたのである。ここでは、14カ所にわたる猥褻な表現があるものとして、東京地検は刑法第175条の猥褻文書販売・同目的所持の容疑で訳者と出版者を起訴したのである。東京地裁第一審判決においては、いわば基本的には、芸術性と猥褻性は両立しうるものである、とするチャタレイ事件判決の基本理念を支持し、全面的に依拠したものであるということが指摘されるが、ただここでは書籍の抜粋部分が猥褻であればたりるものである、とする従来のヒクリン原則が明確に排されてきているという点にチャタレイ事件に見られなかった進歩がある、とされてきた。結局第一審判決においては描写において露骨すぎるのであって、残虐な不快感がさきに立ち、通常人は過度な性的刺激を受けることはほとんど認められなく、こうした点からワイセツ文書たるの要件を欠くものである、とする趣旨の理由が述べられ、被告無罪の判決がなされたのであった。その後検察庁の控訴により、昭和38年11月21日の控訴審判決では、原判決が破棄され被告側は有罪とされたのであり、その後直ちに上告がなされている。

以上の如く猥褻の概念それ自体明確でないし、あるいはまた刑法第175

条と表現の自由との関係においても、その作品の表現が、どの程度において、どの時点においてその犯罪の構成要件を充足するものであるか、必ずしも明確ではないのである。論議をむし返すこととなるが、判例から導かれた「猥褻」の構成要件要素について、いわゆる「性欲の刺激と興奮」という要素についても、それは、生命維持のための心理的・生理的な自然・本能・反射現象としての食欲と同様、生殖の本能として、いわば生の象徴を示すものである。⁵⁾ W. O. Douglas は、セックスに関する思想を抑圧するために、猥褻性という言葉を用いる考え方は危険である。セックスの考えをもたない人間は、アブノーマルである。セックスの考えは……非合法化さるべきものではない、とされた主張を引用したのであった⁶⁾ が、性欲の刺激と興奮を及ぼすことが直ちに構成要件要素としての猥褻概念の一要素を充足するものである、というのであるか。あるいは善良な性的道義観念に反する、ということが、羞恥心を害する、ということが直ちに猥褻概念の要素を充足するものであるか否か、即断は許されぬところである。

ともかく、刑法第174条・第175条等において、構成要件要素として猥褻概念が提示されているかぎりにおいては、ここで、文芸作品・映画等における「猥褻」判断の基準が探索され、検討されなければならないのである。

アメリカを中心として確立されて来た猥褻性判断の基準について、大塚喜一郎氏は次の如き六つの具体的基準原則を摘示されるのである。⁷⁾ すなわち、その第一は、全体的評価の原則ということである。この原則は、アメリカ、西ドイツ、イギリス等において認められている原則であり（アメリカ模範刑法草典においてこのことが明らかにされ、イギリスの1959年の猥褻出版物法においても採用されている原則である）、わが国においてもこの立場に立つ有力な刑法学者の存在が指摘されるのである。⁸⁾ すなわちこの本質とするところは、作品の猥褻性を判断する場合、その全体が猥褻作品として認定されるか否か評価されるということであり、作品の個々の

猥褻箇所摘示によって、作品全体の猥褻性認定に立つヒクリン原則を排するものである（ヒクリン原則 (Hicklin Test) とはヒクリン事件 (Regina v. Hicklin, 1868) において、Court of Kings Bench の首席判事 Cockburn が青少年の徳義心を腐敗・墮落させる目的の作品の検閲、発禁、焼却、処罰と取締りを立法趣旨とした Lord Campbell's Act (1857) に「暴露された懺悔室」という旧教攻撃の新教徒のパンフレットが低触するかどうか争われた事件の判決において、作品の猥褻性の判定規準として、(1) は「書籍の抜粋部分」が猥褻であればたりること、(2) は「青少年または好色漢に対する影響」が認められること、という二点を評価原則にあげたことをいう）。この原則が確立されなければ、旧約聖書も猥褻文書の疑義が付せられることとなる。

第二に芸術性考慮の原則ということである。これは、作品の猥褻性が総体的に、また実質的に芸術性をしのぐものであるか否かによって決せられるべきものであるとされる。これは全作的評価の原則と同様にイリノイ州最高裁判所判決において示されているところであり、判例上確立された原則であるわけである。第三にハード・コア・ポルノグラフィの原則ということである。このことは、例えば、作品が猥褻であることを認定されるためには、その猥褻性が表面的・形式的・随伴的であることは許されず、内面的・実質的・本質的たるべきものであることが要求されるわけである。要するに作品の製作意図が猥褻につながることを要求されるわけである。これもアメリカの判例上確立された原則であるとされる。第四に平均人基準の原則ということである。これは作品の及ぼす効果が、特定の者に対する場合を基準とするということではなく、社会の平均人に対する場合を基準とするものでなければならないとするものである。これもアメリカ判例上現われた原則であるが、この点からは、例えば青少年に及ぼす影響と成人に対するそれとの区別、変質的異常性格者と正常者との区別、といった方向への関係も重要であると考えられる。第五に現今的社会基準の原則ということである。これは作品を評価する場合、時と場所の感覚を否定することは許されないということであり、時代と地域において相対的に判断されなければならないということである。第六に専門的意見の尊重ということである。裁判官が作品の猥褻性を認定する場合、それが芸術性の範囲に留まるものか否かの判定に当たっては、専門的にはその判定は不可能であ

る。したがって、その判定について、専門家あるいは鑑定人の意見を聞き行なわなければならないのである。

以上の諸原則が猥褻性判断に当たっては、重疊的に駆使され、判断されなければならないというわけである。しかるに判例上確立されて来たこれらの諸原則が、わが国の猥褻性認定に当たって、判例上多大の影響をもたらして来ているのである。

先にあげて来たチャタレイ事件判決については、その基本的態度は、従来わが国の判例にしたがって、猥褻性基準を定立するものであるが、一面その作品の芸術的観点より高く評価すべきである、としながらも、芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、両立し得ないものではないとして、芸術性と猥褻性の両立を認めており、この立場から、作品中、たとえその高い芸術性が認められるものであっても、猥褻性の要素を認めるのであり、この点から全体的評価の原則の採用を肯定することは出来ないものである。

ここで更に、東京地裁の「黒い雪」事件判決についていえば、多少の変遷と進歩を否定することは出来ないものである。もっとも猥褻の概念、猥褻性の認定基準については、最高裁判例の先例に依拠することを明らかにするのであるが（本件が刑法第175条猥褻物公然陳列罪にあたるものとして起訴された点から当然といえるのであるかも知れない）、ここでチャタレイ事件判決と明確に相違する点は、本件は劇映画の公開についてであり、先例は猥褻文書であること、更に本件において、そのフィルムが公開される前に、自主規制機関であるいわゆる映倫の審査を経過しているということである。この前提に立って、猥褻性判断の基準について、映画の全体印象は、一体不可分たるものとして、全体的評価の原則を採用するのである。すでにここで、先例が作品における猥褻の要素をぬき出すものである点と明確に相違するのであり、また本件においては、劇映画の性格から、劇場内という限られた場所での公開、また観客の積極的参加という点から、その公然性に関し、猥褻文書との相違が指摘されるのである。また

更には、本件映画の場合、観客層の制限が行なわれており、いわば成人向として18歳未満者の制限を行ない、格付分類を採用している点が指摘されるのである。あるいはまた、映倫管理委員会の審査を経過している点は、被告人等は、その判断を信頼して公開したのであり、いわば違法性の認識を欠き、期待可能性がないものと考えることが指摘されるのである。この違法性認識の欠如、期待可能性の不存在の肯定は、いわば一応本劇映画の猥褻性が肯定された前提において、それらの阻却事由を認めることが論理的解釈である。したがって、本件の場合、猥褻性を否定する理由づけとしてこれらの説明がなされていることは、一見矛盾を感じずるわけであるが、しかしながら、この映倫管理委員会の経過を、猥褻性否定の補強的理由としてあげられるものと考えることとなる。

- 1) 木村亀二「チャタレイ事件の裁判」法律時報、第29巻、第6号、5ページ。
- 2) 木村亀二、前掲、同巻、同号、5～6ページ。
- 3) 木村亀二、前掲、同巻、同号、6ページ参照。
- 4) 奥平康弘「わいせつ文書の頒布禁止と表現の自由」憲法判例百選（ジュリスト臨時増刊）、34～35ページ。
- 5) 前田信二郎「猥褻の意義」刑法講座第5巻所収（日本刑法学会）、174ページ。
- 6) 私稿「言論・出版の自由といわゆる「猥褻性」(上)」中京法学、第2巻、第3号、21ページ。
- 7) 大塚喜一郎「映画の自主規制と猥せつ性認定基準」ジュリスト、第387号、67ページ以下。
- 8) 団藤重光「刑法各論」、192～196ページ参照。

(四) 劇映画「黒い雪」事件第一審判決についての「猥褻性」判断とその検討

ここでとり扱う映画「黒い雪」事件というのは、劇映画「黒い雪」が、昭和40年6月5日夜東京都内の新宿日活劇場において、深夜興行・有料試写会の形式で一般に公開上映された事実に関し、右映画の製作監督者と、

配給上映した日活株式会社の配給部長の両名につき刑法第175条の罪責が追求された事案である。本件映画がブルー・フィルムとは異なった一般映画館上映用の劇映画であり、また映画倫理の自主規制機関とされている映倫管理委員会の審査を通過した劇映画について、刑法175条の猥褻図画公然陳列罪の適用が求められた最初の事例であるといわれるわけであり、極めて注目されたところであった。

ところで、昭和42年7月19日の本件東京地裁第一審判決は、本件映画は刑法175条にいうところの「猥褻ノ図画」に当たるものではなく、その上映行為は罪とならない旨判断されたのであるが、その前提として示された諸見解、すなわち劇映画に対する猥褻性を判断する際の考慮されるべき一般的基準、猥褻性判断において映倫管理委員会の審査経過及びその結論が持つ法的意味等は、検討さるべき多くの問題を提起しているのである。

また憲法第21条と刑法第175条の関係、刑法第175条にいう「猥褻」の意義については、昭和32年3月13日最高裁判所大法廷判決が示した定義に一般論としては依拠しつつ、ここでは翻訳書とは多少性格を異にする劇映画の猥褻性を判断する際に、考慮さるべき一般的基準と作品への具体的適用方法とが問題の中心となっているといわれる。ここで判決理由の一部を引用するならば、「刑法第175条にいう、「猥褻ノ図画」が、いかなるものを用いるかは、法条の規定自体からは必ずしも明確とはいえないが、昭和32年3月13日の最高裁判所大法廷判決は、同条にいう「猥褻ノ文書」につき、従来の大審院、最高裁判所の判例を基礎として、その内容が、「いたずらに性欲を興奮または刺激せしめ、かつ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」をいう」としている（最高裁判所刑集第11巻第3号997頁以下）。すなわち、この判例は、猥褻とは何かということについて、「いたずらに性欲を興奮または刺激させる」効果のあるものであり、かつ、それが「普通人の正常な性的羞恥心を害し」、「善良な性的道義観念に反する」程度のものであることの要件を掲げ、これらの要件を充足するものが刑法第175条にいう猥褻の概念に当たるとしたものと解される。

もっとも右はいわゆる訳書「チャタレイ夫人の恋人」事件につき判示されたものであり、本件において猥褻性の有無が問題になっているのは、劇映画であるが、猥褻の概念そのものについては、この判決の示したところに従うのが相当であると考ええる。ただ本件において公訴の対象とされているのは、右のように劇映画の上映であるから、その具作的適用にあたっては、映画のもつ特質をも考慮することが必要であると考えるのである。劇映画は、その発生当初から現在に至るまで、一般に娯楽商品的要素の強いものであるが、他方、それが芸術として、あるいは思想の表現形式として現代に果たす役割も重視されねばならず、憲法はかような劇映画形式による表現の自由をも保障したものと解せられるから、刑法第175条の解釈、適用においても、それが恣意的となり、表現の自由を侵害することのないよう配慮することが要請されているのである」¹⁾ とされる。

ところで本件判決の猥褻判断における一般的基準の作品への具体的展開を、概略摘示するならば、(一) ある劇映画が猥褻図画といえるかどうかは、これを全体として、しかも時間の流れのなかで評価すべきであって、個々の場面も常に全体との関係で検討する必要がある、部分的に切りはなして考えることは相当でない。映画が猥褻図画といえるかどうかは、これを観覧した普通人のいさぐであるろう全体的印象・感想に基づいて判断すべきである。(二) 右で示される普通人とは、劇映画を観覧する目的で入場した普通の観客をいうが、特に、成人向映画として作成指定されていた場合には、この点も考慮すべきである。(三) 芸術作品も刑法的規制の対象となることは当然であるが、普通人が作品そのものから客観的にうかがうことのできる製作者の製作意図は、映画の全体的印象・感想を形成する一要素であり、又、普通人がいさぐ印象・感想は作品の有する社会的諸価値の総合的評価を要素とするものであるから、猥褻性の判断に当たって、これらを見くくすることはできない。(四) 性的描写の面で同程度同種の表現方法、表現態様をとっている作品が相当数製作され、一般に公開されていて、公権力もこれを放置している場合には、社会一般の大勢がこれを消極

的にせよ是認，許容しているものと解すべきであるから，このような類似作品の存否についても検討・考慮する必要がある。(五) 映倫委の審査を通過したことの一事をもってただちに上映行為者の刑事責任が消失するものとはいえないが，認定した事実関係の下では，特別の事情がない限り，映倫委の審査経過とその結論は，当該映画の猥褻性判断に当たり一つの有力な基準となるし，仮に映倫委の審査に合格した映画が猥褻凶画に当たると判断された場合にも，映倫委の判断を信頼した上映者は，違法性の認識を欠き，これを欠いたことに過失も存在しない場合，あるいは他の行為に出ることが期待出来なかった場合として，刑事責任を阻却されるものと考ええる余地がある，²⁾ とされるのが本判決の要点の概略となるわけである。

右の諸点について，(一) で示される「猥褻凶画」の判断に当たって，部分的に切り離して考えるべきでなく，全体的印象・感想に基づいて判断されるべきことの判断は，先に示された「全体的評価の原則」に一応立脚するものであることを指摘出来るのである。チャタレイ事件判決では，いまだヒクリン原則の立場から脱皮しうるものではなかったが，その後における「悪徳の栄え」(続) 事件では，訳書における判断としては，わが国における最初のこの原則の採用であることが知られるのである。また(二) の点については，成人映画の指定という青少年を排除する「格付分類」の採用ということと，映画館という場所的限定による観客の積極的観覧行為の二つの問題点が出てくる。この点については，「平均人基準の原則」の考慮と，また本件が訳書に対する問題でなく，劇映画であって，この点の特殊な性質から導き出されてくる問題点であることが注目されるのである。また(四)，(五) については，「社会的許容性」という観点に立って，猥褻性判断の基準が検討される必要があり，いわばその一要素として類似作品の存在が考慮されるべく要求され，また映画倫理の自主規制機関である映倫委の審査に対する違法性の認識の欠如，期待可能性の不存在の肯定との関係から，その法的評価の問題が出て来る。

ついでながら，本件劇映画「黒い雪」が刑法第175条にいう「猥褻ノ凶

画」に該当するかどうかを検討したいわば判旨の結論的部分を引用してみようと思う（この判旨の部分において、検察官の摘示する箇所の内容は脚注（3）を参照されたい）。

「本件映画の描写内容を場面に即して検討してみると、右映画には、男女間の性交、性戯を直接露骨に描写表現した場面のないことはいうまでもないことであるが、同映画を普通人が観覧した場合に、検察官が（一）ないし（六）と例示した場面をはじめ、³⁾ 卑猥な連想を誘起するおそれのあるような男女の姿態や女性の全半身裸像を撮影した画面、性器・性交を暗に連想させるおそれのあるようなせりふなどを含む場面がかなり存することは明らかである。そして、その中には、たとえば、検察官例示の（四）の場面の一部（静江がほとんど全裸で基地周辺を疾走する場面）のように、映画全体の中での右場面の描写の必然性が比較的容易に感じられ、また理解出来る部分もあるが、反面、たとえば、検察官例示の（五）の場面（次郎、黒瀬、山脇の三人が次郎の叔母由美の経営するバーを襲ったうえ、黒瀬、山脇らが同女を犯そうとする場面）や同（一）の場面の一部（売春宿の一室で黒人兵と売春婦ユリが抱擁する場面）など、その描写が一般観客にかなりの卑猥感を与えるおそれがあると考えられる部分もあり、さらに、たとえば、黒瀬のバー内でのせりふや前記検察官例示の（五）の場面の一部のように、被告人川口の主張する本件映画の主題に照らしても、その必然性が判然とせず、同被告人らの当公判廷での説明も明快さを欠いていて、むしろ、同被告人が、一部の低俗な観客に迎合し、映画の商品価値を高める意図でそう入したものではないかと疑わしめるような部分も皆無とはいえない。しかしながら、このような性的場面の描写部分の多くは、性行為を享樂的に取り扱っているものではなく、むしろ否定的に描写したものと考えられること、——たとえば、前記検察官例示の（一）の場面においては、売春婦ユリの姿態を異様なまでに長く、ゆっくりと描写することによって、むしろけん怠感、空虚感を観客に与えているし、同例示の（二）の場面（外国軍人が売春婦となった皆子をサディスティックに抱擁

する場面)においては、皆子の「お母さん、お母さん……」のせりふにより観客に悲惨さのみを感じさせるものと考えられる。——あるいは、ジェット機の音などをそう入することにより観客に画面の背景にある米軍基地の存在をじかに想起させていることなどのために、むしろ性的場面の卑猥感が減殺され、結局、いたずらに性欲を刺激、興奮させるというようなところが比較的にな少ないと考えられる。そして、さらに、本件映画から受ける全体的な印象・感想はどうかという点について考察してみると、被告人川口が主張するような反米民族主義の鋭利な訴えを普通人が感じ、または理解するものかどうかは別としても、この劇映画が一般観客の性に関するみだらな興味に訴えることを主調としたものではなく、その主題を、駐留米軍の基地に寄生する売春婦ら日本人の性格や行動のゆがみを描き、その生活の悲惨さを訴えたものとして感得理解することが容易であり、観覧後に残存する感興は、悲哀感や空虚感などであって、性的な快感や性的羞恥心ではないのである。すなわち、本件劇映画には、部分的に卑猥感を与えるおそれがあると考えられる描写画面があるとしても、それは、この映画全体に支配的効果を形成するほどのものではないといえるのである。そして、その性的場面の描写も、右主題に伴うものとして許容される範囲を逸脱したものとはまではいえない。(映画に対し個々人がいただく印象・感想は、各人の生活経験をも反映して多種多様であろうから、本件映画を観覧して、女性の裸映像等を売り物とする低俗無内容な作品とのみ感じるものや、羞恥嫌悪の感情が先き立つような観客の存するであろうことは十分に考えられるところであるが、以上の判断は、かような観客の存在を否定するものではない。)なお、本件劇映画「黒い雪」と、ほぼ時期を同じくして一般公開された他の劇映画とを比較してみても、性風俗に関する個々の場面の描写の程度や態様において、また、作品全体を貫くその描写態度、描写方法において、本件映画とほとんど差異がないと考えられる映画が少なくないことがうかがえるのである。また、本件映画「黒い雪」と一般公開用映画「黒い雪」とを比較すると、後者では、その製作過程から当然の

ことながら、性的場面に関する画面やせりふが部分的に削除もしくは縮小されているが、他方その作業により、映画の構成において緊密性を欠くに至り、製作者の意図した主題の理解をより困難ならしめている面もある。（そのため、一般公開用映画のほうが、かえって見る者をして卑猥感を感じさせる効果を生じさせていると評する向きもある。）そして、結局、猥褻性に関する法的価値判断の観点から考えるならば、両映画の間に結論を異にすべきほどの差はないものといえるのである。」

本判決の評価として、すでに指摘したことと重複することとなるわけであるが、前田教授においても、本判決に対し、「時局の流れの中で全体の主題と表現を評価すべきであり、個々の場面も描写も全体との関係で検討し、部分的なきわどい個所を切りはなして、独立に判断してはいけないという考え方を確立したが、劇映画に限らず文芸作品全般にあてはまる評価方法であろう。従来判決が、部分が青少年や好色漢に及ぼす影響を重視したり、チャタレイ有罪判決のように猥褻性と芸術性をことさらに秤量したりするやり方や、相対的猥褻作品の発想のように公開や頒布・販売や抜粋や宣伝の方法いかんでは、文芸・学術作品も、好色漢に対しては相対的に猥褻となる（ビンディン^ゲ 団藤説）という見解を克服したものといえる」とされて、本判決の従来からの前進を明確に指摘され評価されるのである。そして更に「普通人に作品の法的評価の被害者学的位置づけを行ない、その危険度のひろがりや予測して成人向映画という限定のわくづけとの関係について、『社会的許容性』の原則、いいかえれば、いわゆる『許された危険』（erlaubets Risiko）の概念を導入して、その許容性の実質的・社会的な総合的価値判断の評価の場を、映倫の自主規制においた点が印象的である」⁴⁾とされている。

まさに、ここで指摘される通り、映倫という非権力機関の自主的規制の法的意義が問題であり、その審査された作品の、猥褻性（違法）評価の問題が提起されて来るのである。要するに映画産業が、極度の商業主義への暴走と、そのための作品の低劣化を自らが自粛し、正しい方向への姿勢を

常に堅持する機能を果たすものであれば、少なくともわが国の如き、刑法175条の如き規定が存在し、そしてそこにおける猥褻性概念があいまいであり、その構成要件が不明確な形で存する限り、映倫委の審査に何らかの法的価値を認め、その意義を重視することは極めて好ましい方向と解されなければならない。この意味において、劇映画「黒い雪」判決が、映倫委の審査を通過したことに違法性の認識の欠如、期待可能性の不存在を肯定する意図が示されている点に極めて重要な意義を見出したいと思う。

- 1) 「いわゆる映画「黒い雪」事件第一審判決」(東京地裁, 昭42・7・19), 判例時報, 第490号, 25ページ。
- 2) 前掲, 判例時報, 同号, 16ページ。
- 3) 本件についての公訴事実において、猥褻図画を公然陳列したものとして、検察官の摘示する箇所については、それを要約すれば「たとえば、(一) 売春宿の一室で、裸の黒人兵と売春婦ユリとが同きんする場面、(二) 売春宿の一室で、外国人の男が売春婦となった皆子の水揚げを行なう場面、(三) 映画館内の客席において、次郎が静江の下半身に手をふれ、静江が目をとじ、首を左右に振りながら、長くあえぎもだえる場面、(四) 売春宿の一室で、次郎の友人黒瀬に犯された静江が半狂乱となり、全裸のまま戸外に飛び出し、基地周辺を走る場面、(五) 次郎、黒瀬、山脇の三人の男が次郎の叔母由美の経営するバーを襲って、同女を犯す場面、(六) 売春宿の一室で、売春婦英子が次郎に乳首を吸わせる場面など、男女の性交および性戯の姿態を連想させる場面や女性自身の裸像を露骨に撮影した猥褻映画「黒い雪」(全9巻)を映写して、これを観客に観覧させ、もって猥褻図画を公然陳列したものである」として検察官は被告人兩名の所為は、刑法第175条前段、第60条に該当する旨主張したのであった(前掲, 判例時報, 同号, 17ページ)。
- 4) 前田信二郎「劇映画に対する猥褻性の判断と自主規制」判例時報, 第498号, 127ページ。